

# Abfindungsvergleich über unvorhersehbare Ansprüche

ZVR 2020/198

§§ 871, 879,  
1380 ff ABGBOGH 28. 3. 2017,  
2 Ob 71/16 d;  
10. 7. 1997,  
2 Ob 130/97 z;  
15. 3. 1988,  
8 Ob 84/87Abfindungs-  
vergleich;  
Irrtums-  
anfechtung;  
Sittenwidrigkeit;  
Wucher;  
AGB-Kontrolle

Immer wieder kommen nach dem Abschluss eines Abfindungsvergleichs Schäden hervor, die unerkennbar oder unvorhersehbar waren. Dass sich der Geschädigte auch dann noch mit der Vergleichssumme abfinden soll, erscheint oft als unbillige Härte. Die Grenze der Vertragstreue ist nicht leicht zu ziehen.

Von Martin Legath

Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Vertragsauslegung
- C. Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo
- D. Sittenwidrigkeit
  - 1. Rechtsprechung
  - 2. Würdigung
- E. AGB-Kontrolle
- F. Schlussbemerkung

## A. Problemaufriss

Unfallschäden werden regelmäßig außergerichtlich durch sog Abfindungsvergleich reguliert.<sup>1)</sup> Auf diese Weise kommt der Geschädigte rasch zu Geld und der (Haftplicht-)Versicherer kann den Akt endgültig schließen.<sup>2)</sup> Typischerweise kommt der Vergleich<sup>3)</sup> auf Betreiben des Versicherers zustande, indem dieser die Auszahlung der Entschädigung (Abfindung) davon abhängig macht, dass der Geschädigte eine vorformulierte und denkbar weit gefasste **Abfindungserklärung** unterschreibt:

### Beispiel

„Nach Erhalt des oben angeführten Betrags bin ich wegen aller wie immer gearteten Ersatzansprüche aus diesem Schadenfall – auch wenn sie nicht bekannt, erkennbar oder voraussehbar sind – für jetzt und für die Zukunft gegenüber jedermann vollständig abgefunden.“<sup>4)</sup>

Freilich können gerade (schwere) Körperverletzungen weit in die Zukunft reichende **Spätfolgen** nach sich ziehen, die selbst für medizinische SV im Voraus oft nur schwer abschätzbar sind.<sup>5)</sup> Manchmal treten sogar Folgen auf, die im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses **unerkennbar oder unvorhersehbar** waren. Das Verhältnis zwischen der vereinbarten Abfindungssumme und dem tatsächlichen Gesamtschaden kann dadurch in eine beträchtliche Schieflage geraten. Während der Versicherer den Abfindungsvergleich auch mit Blick auf dieses Szenario abgeschlossen hat, wird dem Geschädigten „das Tückische der ihm abgeforderten Erklärung“<sup>6)</sup> idR erst jetzt wirklich bewusst. Fraglich ist, ob sich der Geschädigte (auch) in solchen Härtefällen am Vergleich festhalten lassen muss oder ob er weiteren Schadenersatz verlangen kann.

## B. Vertragsauslegung

Der einfachste Lösungsansatz besteht darin, den Abfindungsvergleich so auszulegen, dass er dem Schadenersatzbegehren gar nicht erst entgegensteht. Dieser Weg wurde bereits im klassischen römischen Recht<sup>7)</sup> und eine Zeit lang von der dRsp<sup>8)</sup> besprochen und ist – wenngleich schmaler – auch im ABGB angelegt. Zwar gelten auch bei Vergleichen die allg Regeln der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB), sodass sich der Gegenstand der Streitbereinigung nach dem übereinstimmend erklärten, vertrauens-theoretisch ermittelten Parteiwillen bestimmt.<sup>9)</sup> Zusätzlich ist jedoch **§ 1389 ABGB** zu beachten, der in Satz 2 Fall 2 vorsieht, dass selbst allg, auf alle Streitigkeiten überhaupt lautende Vergleiche nicht auf solche Rechte anwendbar sind, an die die Parteien nicht denken konnten. Nach dieser Auslegungsregel **gelten unerkennbare und unvorhersehbare Rechte im Zweifel als nicht verglichen**,<sup>10)</sup> was eine Verschiebung der Beweislast bewirkt: Der Geschädigte muss nur die Tatsachen beweisen, die daran **zweifeln** lassen, dass der Vergleich auch unerkennbare und unvorhersehbare Rechte erfasst; und Zweifel können sich etwa auch daraus ergeben, dass bei den Vergleichsverhandlungen nur über die erkennbaren Schäden gesprochen und die Höhe der Abfindungssumme nur nach diesen berechnet wurde.<sup>11)</sup>

In der Tat lassen sich (**schlichte**) **Generalvergleiche**, die oft aus übertriebener Vorsicht ganz weit, pauschal

- 1) *Kletečka*, Unerkennbare Ansprüche bei der Schadensregulierung durch Abfindungsvergleich, *ecolex* 1991, 5; *Köck*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, *DAR* 2015, 557.
- 2) *Danzl*, HB Schmerzensgeld (2019) Rz 5.23; *Engelbrecht*, Der Abfindungsvergleich, *DAR* 2009, 447; *Lang*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, *VersR* 2005, 894.
- 3) *ISd* § 1380 ABGB; s *RIS*-Justiz RS0032567; RS0032483; zuletzt 7 Ob 48/19 p. Bei einseitigem Nachgeben liegt ein konstitutives Anerkennen vor (zB 2 Ob 2/87).
- 4) 2 Ob 184/01 z; 2 Ob 89/95; iW inhaltsgleich 2 Ob 71/16 d; 2 Ob 36/15 f; einschr 7 Ob 48/19 p.
- 5) *Ch. Huber*, Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen, *ÖJZ* 2008, 83 f; *S. Kletaibl*, Das Zusammenspiel von Richter und Sachverständigem bei der Beurteilung von Folgeerkrankungen, *DAG* 2019, 82.
- 6) *Sturm*, Der Abfindungsvergleich im Spiegel der französischen und deutschen Rechtsprechung, in *FS OLG Zweibrücken* (1969) 272 (286).
- 7) D. 2.15.5 (Papinian im 1. Buch der Definitionen); *Sturm* in *FS OLG Zweibrücken* 272 (303 ff).
- 8) *RG* VII 160/38 *RGZ* 159, 264; *BGH* VI ZR 55/54 *BeckRS* 1955, 31197225; s dazu *Bork*, Der Vergleich (1988) 303 f.
- 9) *RIS*-Justiz RS0014696; RS0017943; RS0017954; 2 Ob 83/06 d mwN.
- 10) 4 Ob 21/03 x *ecolex* 2003, 518 (*Kletečka*); *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1389 Rz 6; näher *Kletečka*, *ecolex* 1991, 5 (6f).
- 11) *Kletečka*, *ecolex* 1991, 5 (7).

und unspezifisch (zB „alle wechselseitigen Forderungen“) formuliert sind,<sup>12)</sup> auf diese Weise entschärfen. Denn mit der Auslegungsregel des § 1389 Satz 2 Fall 2 ABGB ist zwar davon auszugehen, dass alle bekannten, erkennbaren und vorhersehbaren Rechte vom Vergleich umfasst sind, unabhängig davon, ob die Parteien an diese Rechte tatsächlich gedacht haben.<sup>13)</sup> Trotz seines umfassenden Wortlauts ist ein schlichter Generalvergleich aber nicht auch auf unerkennbare und unvorhersehbare Rechte zu beziehen, die – was den ausschlaggebenden Zweifel hervorruft – bei den Vergleichsverhandlungen gar kein Thema waren.

Allerdings sind die von den Versicherern vorformulierten Abfindungserklärungen der heutigen Regulierungspraxis keineswegs so gefasst, dass Raum für Auslegungszweifel bestünde. Wie das Eingangsbeispiel zeigt, werden unerkennbare und unvorhersehbare Rechte vielmehr ausdrücklich in den Vergleich miteinbezogen. Solche **Generalvergleiche mit „Unerkennbarkeitsklausel“**<sup>14)</sup> können mE im Wege der Vertragsauslegung kaum bewältigt werden, weil regelmäßig nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Parteiwille eindeutig ist.<sup>15)</sup> Typischerweise entspricht die Einbeziehung unerkennbarer und unvorhersehbarer Rechte ja dem wirklichen Willen des Versicherers und zumindest dem (objektiv) erklärten Willen des Geschädigten. Dessen Unterschrift unter einer klar formulierten Unerkennbarkeitsklausel wird aus der Sicht eines redlichen Empfängers nur unter sehr besonderen Umständen nicht als Einwilligung zu verstehen sein.<sup>16)</sup>

Wie ein typischer Fall veranschaulicht, sieht das auch der OGH so:<sup>17)</sup> Die Geschädigte war bei der Benützung eines Sessellifts zu Sturz gekommen. Im Krankenhaus wurden lediglich Prellungen diagnostiziert. In der Vorstellung, dass es sich um eine Bagatellsache handle, einigte sie sich mit dem Haftpflichtversicherer des Liftbetreibers auf einen Entschädigungsbetrag von S 3.000,-. Der Geschädigten wurde dabei erklärt, dass die Sache damit erledigt sei und dass sie keine weiteren Forderungen mehr stellen dürfe. Die von ihr unterzeichnete Abfindungserklärung bezog sich ausdrücklich auf „alle Ersatzansprüche“ und auf „Ansprüche aus späteren Folgen, die zur Zeit noch nicht erkennbar oder noch nicht vorauszusehen sind“. Später stellte ein Facharzt fest, dass die Geschädigte doch auch einen Brustwirbelbruch erlitten hatte. Bei der notwendigen Operation konnte die vorhandene Deformierung nicht ganz beseitigt werden (Dauerfolge). Das Schmerzensgeldbegehren iHv S 136.000,- wies der OGH ab. Der Vergleichswortlaut lasse nur die Auslegung zu, dass alle gegenwärtigen und künftigen, auch bei Abgabe der Erklärung noch nicht vorhersehbaren Schäden aus dem Unfall umfasst seien.

Dieser Haltung zur Vertragsauslegung ist mE **beizupflichten**.<sup>18)</sup> Die ganz eindeutig formulierte Abfindungserklärung lässt sich nur so verstehen, dass sie auch die unerkennbare Dauerfolge erfasst. Es schmälert ihre Bedeutung nicht, wenn darüber nicht auch noch explizit gesprochen wurde. Ebenso wenig war die Einbeziehung unerkennbarer Rechte dermaßen abwegig, dass mit einer Zustimmung der Geschädigten gar nicht gerechnet hätte werden dürfen. Da hilft es auch nicht, wenn man die geringe, wohl nur mit Blick

auf die erkennbaren Schäden bezifferte Abfindungssumme von S 3.000,- betont und die Frage aufwirft, ob der Versicherer wirklich davon ausgehen durfte, dass die Geschädigte für so wenig Geld auf jeglichen Schadenersatz für unerkennbare Schäden verzichten wolle. „Der eindeutige Parteiwille kann nicht per Auslegung ignoriert werden, nur weil er unvernünftig ist, zumal die Parteien nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in den gesetzl Grenzen [...] auch zu nachteiligen Regelungen befugt sind.“<sup>19)</sup> Der Gedanke, dass es an der willentlichen Selbstbestimmung und an der vertraglichen Äquivalenz mangeln könnte,<sup>20)</sup> ist im Rahmen anderer Rechtsinstitute aufzugreifen.

### C. Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo

Da sich die üblichen Abfindungsvergleiche mit Unerkennbarkeitsklausel also kaum einschränkend auslegen lassen, rückt die Frage in den Vordergrund, ob und inwieweit Möglichkeiten bestehen, sich von solchen Vergleichen wieder zu lösen. Neben der weiter unten erörterten (Teil-)Nichtigkeit gem § 879 ABGB kommt insb eine Vertragsanfechtung (-anpassung) gem §§ 870 ff ABGB in Betracht. Allerdings normiert **§ 1385 ABGB**, dass ein Irrtum den Vergleich nur insoweit ungültig machen kann, als er die Wesenheit der Person oder des Gegenstandes betrifft. Wie diese Bestimmung insb im Verhältnis zum allg Anfechtungstatbestand des § 871 ABGB zu verstehen ist, geht aus ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte nicht klar hervor.<sup>21)</sup> Es wird aber davon ausgegangen, dass sie der Eigenart und der Funktion des Vergleichs Rechnung trägt.<sup>22)</sup> Da der Vergleich gerade die Bereinigung streitiger oder zweifelhafter Rechte bezweckt, kann er sinnvollerweise nicht wegen falscher Vorstellungen über ebendiese verglichenen Punkte (**Vergleichsgegenstand**) angefochten werden.<sup>23)</sup> Nur ein Irrtum über Umstände, die die Parteien gar nicht bereinigen wollten, sondern die sie bei Vergleichsabschluss als feststehend, unzweifelhaft und unstreitig angenommen haben (**Vergleichsgrundlage**), kann zur Anfechtung führen.<sup>24)</sup> Im Detail ist freilich vieles unklar.<sup>25)</sup> Unbestrit-

12) Ertl in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1389 Rz 1; Zeiler, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie IV (1813) 79.

13) RIS-Justiz RS0087312; RS0032453; RS0031031.

14) Kletečka, eolex 1991, 5 (6, 8).

15) Vgl Bork, Vergleich 303f; Ehmann, Schuldanerkenntnis und Vergleich (2005) 161; aA J. F. Hoffmann in BeckOGK § 779 BGB Rn 74 (Stand 1. 3. 2020).

16) Vgl BGH VI ZR 178/56 JZ 1958, 363 (zust Süs).

17) 8 Ob 7/80; RIS-Justiz RS0032605.

18) Krit hingegen Kletečka, eolex 1991, 5 (7).

19) Bork, Vergleich 304.

20) Siehe dazu F. Bydliški, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 122 ff; ders, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 147 ff.

21) Heidinger in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 1 f; näher Rietsch, Zur Entstehung und Erklärung des § 1385 ABGB, in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB II (1911) 965 (988 ff).

22) 8 Ob 98/08 g; vgl Bork, Vergleich 401 f.

23) 7 Ob 48/19 p; 1 Ob 17/17 g; Fucik in Klang<sup>3</sup> § 1385 Rz 1; vgl § 1387 ABGB, aus dem hervorgeht, dass eine Anfechtung wegen nachträglicher Änderung der Beweislage ausgeschlossen ist (2 Ob 150/67).

24) RIS-Justiz RS0032529; RS0032543; Fucik in Klang<sup>3</sup> § 1385 Rz 2.

25) Fucik in Klang<sup>3</sup> § 1385 Rz 3; Hoyer, Strafgerichtliche Verurteilung als „Geschäftsgrundlage“, in FS Fasching (1988) 237 (239 f); Kehrner, Die Irrtumsanfechtung des Vergleichs (Diss Uni Wien 2011) 28 f.

ten ist nur, dass die Anfechtung wegen List und Drohung (§ 870 ABGB)<sup>26)</sup> sowie wegen Erklärungsirrtums<sup>27)</sup> keinen vergleichsspezifischen Beschränkungen unterliegt. Darüber hinaus wird die Judikatur für ihre Inkonsistenz kritisiert und nach Fallgruppen erörtert.<sup>28)</sup>

Nach stRsp können jedenfalls die hier interessierenden Abfindungsvergleiche mit Unerkennbarkeitsklauseln „nicht wegen gemeinsamen Irrtums über die Vergleichsgrundlage angefochten werden, wenn die Vertragsteile bei Abschluss des Vergleiches keine genaue Kenntnis über die Verletzungen und Verletzungsfolgen gehabt haben“.<sup>29)</sup> So hat der OGH in einem weiteren Fall mit ärztl Fehldiagnose das Vorbringen des Geschädigten, der Vergleich sei wegen Irrtums über die Vergleichsgrundlage anfechtbar, als verfehlt zurückgewiesen.<sup>30)</sup> Die Vergleichsparteien hätten darüber geirrt, dass das Unfallopfer nur leichte Verletzungen erlitten habe und mit weiteren Verletzungsfolgen nicht zu rechnen sei. Dies seien jedoch keine Umstände, die die Parteien bei Vergleichsabschluss als feststehend und unzweifelhaft angenommen hätten. Vielmehr zeige die Unerkennbarkeitsklausel, dass die Parteien das Auftreten weiterer Verletzungsfolgen nicht für ausgeschlossen gehalten, sondern gerade zum Gegenstand der Vergleichsbereinigung gemacht hätten.

In diesem Punkt liegt der OGH mE wieder richtig. Das Risiko nachträglich hervorkommender Schäden ist in solchen Fällen **Gegenstand, nicht Grundlage des Vergleichs**. Der Geschädigte hat dieses Risiko ausdrücklich übernommen. Außerdem kann man sich die Frage stellen, ob überhaupt ein Irrtum vorliegt, wenn jemand eigene Fehlvorstellungen bewusst in Kauf nimmt, und – falls ja – ob dies dann nicht ein unbeachtlicher Motivirrtum ist.<sup>31)</sup> Schließlich ist auch der Irrtum des Bürgen über die Bonität des Hauptschuldners kein Geschäftsirrtum.<sup>32)</sup> Jedenfalls scheidet daher nicht nur eine Anfechtung wegen Irrtums, sondern auch wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage,<sup>33)</sup> und auch ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht.<sup>34)</sup> Da die Parteien das Hervorkommen unerkenntbarer und unvorhersehbarer Schäden bedacht und geregelt haben, fehlt es nämlich schon an der sog Vertragslücke.<sup>35)</sup> Auf das umstrittene Verhältnis des Irrtums über die Vergleichsgrundlage zur Geschäftsgrundlagenlehre muss hier also gar nicht eingegangen werden.<sup>36)</sup> Festzuhalten ist nur, dass die Anfechtung von Abfindungsvergleichen wegen Irrtums über die Verletzungsfolgen praktisch keine Bedeutung hat, weil sie entweder nicht möglich (weil Vergleichsgegenstand) oder nicht erforderlich (weil **nicht Vergleichsgegenstand**) ist.<sup>37)</sup>

Überlegenswert erscheint noch, am Schuldverhältnis „in contrahendo“ anzuknüpfen, das bereits mit der Aufnahme der Vergleichsverhandlungen zwischen Versicherer und Geschädigtem entsteht.<sup>38)</sup> Den Versicherer könnten vorvertragl Aufklärungspflichten in Bezug auf das mit der Unerkennbarkeitsklausel verbundene Risiko treffen. Bei der Verletzung dieser Pflichten wäre über § 871 Abs 2 ABGB womöglich doch an eine Irrtumsanfechtung zu denken;<sup>39)</sup> va aber käme ein Schadenersatzanspruch aus **culpa in contrahendo** in Betracht. Hätte der Geschädigte bei gebotener Aufklärung nicht in die Unerkennbarkeitsklausel eingewilligt, wäre er im Wege der Naturalrestitution

so zu stellen, wie er ohne seine Einwilligung stünde; also entweder ohne Unerkennbarkeitsklausel oder – wenn der Versicherer dann gar nicht kontrahiert hätte – ganz ohne Abfindungsvergleich. In beiden Fällen würde sein Anspruch auf Ersatz der unerkenntbaren und unvorhersehbaren Schäden wiederaufleben.

Die entscheidende Frage, ob entsprechende **Aufklärungspflichten** bestehen, hat in Österreich bisher kaum Beachtung gefunden. Sie wird im Allg jenseits der Arglist verneint<sup>40)</sup> und im Speziellen nur von *Steininger* bejaht: Der Versicherer müsse als Fachmann insb gegenüber einem unerfahrenen Geschädigten auf eine Unerkennbarkeitsklausel ausdrücklich hinweisen und die mit ihr verbundenen Gefahren aufzeigen.<sup>41)</sup> In Deutschland wird zuweilen ähnlich argumentiert: Die Ausnahme vom Grundsatz, dass vor Vertragsschluss wegen des natürlichen Interessenwiderstreits grds keine gegenseitigen Aufklärungspflichten bestehen,<sup>42)</sup> folge beim Abfindungsvergleich insb aus der Informationsasymmetrie; denn im Gegensatz zum Geschädigten kenne der Versicherer das Risiko von Spätschäden statistisch genau.<sup>43)</sup> Der Versicherer müsse den Geschädigten daher 1. über alle irgendwie möglichen Spätschäden durch einen Arzt aufklären lassen, 2. auf die schwerwiegenden Nachteile, den Leistungscharakter und den (Geld-)Wert der Risikoübernahme hinweisen sowie 3. darüber belehren, dass alternativ die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (auch der unerwarteten Spätschäden) besteht.<sup>44)</sup>

Es wäre mE durchaus zu begrüßen, wenn sich diese Punkte als „**Wohlverhaltensregeln**“<sup>45)</sup> etablierten; eine

95 ff; *Kogler* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 2; *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 526.

26) *Hoyer* in FS *Fasching* 237 (239); *Neumayr* in KBB<sup>6</sup> § 1385 Rz 7; *vgl Bork*, Vergleich 405 f; RIS-Justiz RS0014785; RS0014809; RS0032511; 8 Ob 154/79 (listiges Verhalten verneint).

27) *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 2; *Hoyer* in FS *Fasching* 237 (239); *Kogler* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 1; 8 Ob 177/80 (Abfindungserklärung entgegen Vorgespräch nicht auf Kfz-Schaden beschränkt).

28) *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 8 ff; *Neumayr* in KBB<sup>6</sup> § 1385 Rz 2 ff.

29) RIS-Justiz RS0032466; zuletzt 7 Ob 48/19 p; *vgl Bork*, Vergleich 373.

30) 8 Ob 84/87; s auch 8 Ob 154/79; 8 Ob 7/80.

31) *Vgl Bork*, Vergleich 401 ff.

32) *Vgl Bollenberger*, Grundfragen des Irrtumsrechts, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 877 (883 ff).

33) *Vgl BGH VI ZR 95/60 VersR* 1961, 382; *Bork*, Vergleich 380; *Ehmann*, Schuldanerkenntnis 161 f.

34) *Vgl Marburger* in *Staudinger*, BGB (2015) § 779 Rn 59.

35) Siehe dazu nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 914 Rz 8 bzw § 901 Rz 8.

36) Siehe dazu *Ertl* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1385 Rz 1; *Kehrer*, Irrtumsanfechtung 143 ff; *Rummel*, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, JBl 1981, 1 (5 ff); *vgl die hA* in Deutschland, die § 779 Abs 1 BGB als einen Sonderfall des Fehlens der Geschäftsgrundlage iSd § 313 BGB versteht (*Habersack* in *MüKoBGB*<sup>7</sup> § 779 Rn 62 mwN).

37) *Kletečka*, *ecolex* 1991, 5 (7 f) mit zutr Hinw in FN 29, dass Letzteres in 4 Ob 160/35 SZ 17/81 (Generalvergleich ohne Unerkennbarkeitsklausel) offenbar übersehen wurde.

38) *Vgl nur Karner* in KBB<sup>6</sup> § 1294 Rz 5.

39) Siehe *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 871 Rz 13; zur Vorsicht mahnend *Bollenberger* in FS 200 Jahre ABGB 877 (884 ff).

40) *Fucik* in *Klang*<sup>9</sup> § 1385 Rz 3; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1385 Rz 6.

41) *Steininger*, Sittenwidrigkeit von Abfindungsvergleichen mit Versicherungen, *ecolex* 1997, 917 (918).

42) *Emmerich* in *MüKoBGB*<sup>8</sup> § 311 Rn 64.

43) *Ehmann*, Schuldanerkenntnis 164 ff.

44) *Sturm* in FS OLG Zweibrücken 272 (300 ff).

45) *Vgl Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (163).

generelle Annahme derartiger Aufklärungspflichten führt aber zu weit. Auch in Österreich ist im Grundsatz unbestritten, dass eine allg Aufklärungspflicht über alle Umstände, die den Vertragsgegner vom Vertragsabschluss abhalten könnten, nicht besteht.<sup>46)</sup> Ausnahmen von der „*informationellen Eigenverantwortung*“ als Aspekt der Privatautonomie sind nur in speziellen Konstellationen anzunehmen, insb wenn eine Partei berechnete Verkehrserwartungen hat (zB ein Käufer, dem gegenüber der Verkäufer wegen seiner überlegenen Fachkenntnisse zugleich als Berater auftritt) oder die andere Partei positives Wissen unbilligerweise verschweigt (zB eine Bank, die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners hat).<sup>47)</sup> Beim Abschluss eines Abfindungsvergleichs weiß der Versicherer aber weder, ob Spätschäden hervorkommen werden, noch tritt er beratend auf. Vielmehr fördert er erkennbar seine eigenen, entgegengesetzten Interessen. Der Umstand, dass zwischen ihm und dem Geschädigten ein Informationsgefälle besteht, mag im Rahmen des § 879 ABGB eine Rolle spielen, reicht aber für sich genommen nicht aus, um Aufklärungspflichten zu begründen.<sup>48)</sup>

## D. Sittenwidrigkeit

### 1. Rechtsprechung

Die alte Rsp ließ Vergleiche über unerkennbare und unvorhersehbare Rechte kategorisch mit der knappen Begründung zu, dass der Geschädigte auf ihm zustehende Schadersatzansprüche ja auch zur Gänze verzichten könne.<sup>49)</sup> Diese Judikatur wurde im Schrifttum frühzeitig<sup>50)</sup> und zu Recht kritisiert: Die Begründung sei „*zirkelhaft*“, weil die Frage gerade sei, wie weit ein solcher Verzicht reichen könne.<sup>51)</sup> Ganz allg begegne man Verfügungen von unabsehbarer Tragweite mit Skepsis, wie nicht nur die Auslegungsregel des § 1389 Satz 2 Fall 2 ABGB, sondern etwa auch § 937 ABGB (Unwirksamkeit von Generalverzichten), § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (Unverbindlichkeit von Haftungsausschlüssen für Personenschäden) und die Rsp zur Sittenwidrigkeit von Haftungsfreizeichnungen für unvorhersehbare und unkalkulierbare Schadensrisiken<sup>52)</sup> zeigten.<sup>53)</sup> Nicht umsonst ziehe auch die hA in Deutschland<sup>54)</sup> unter Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gewisse Grenzen.<sup>55)</sup> Kletečka sieht die „*Rechtsposition des Verletzten [...] jedenfalls dann in sittenwidriger Weise verschlechtert, wenn ein Vergleichspartner, ohne dafür abgefunden zu werden, das gesamte Risiko des Vorliegens oder Eintretens eines Schadens zu tragen hat*“.<sup>56)</sup>

Unter dem Eindruck der Kritik lenkte der OGH in 2 Ob 130/97 z<sup>57)</sup> ein. Zwar sei das Interesse des Versicherers an einer endgültigen Schadensbereinigung durchaus anzuerkennen, doch würden auch für die Durchsetzung dieses Anliegens die durch die guten Sitten gezogenen Grenzen gelten. Diese würden zwar nicht immer schon dann überschritten, wenn die Abfindungssumme auf Basis der bekannten Schäden berechnet wird und der Geschädigte auf weiter gehenden Ersatz verzichtet. Als sittenwidrig sei eine Abfindungsklausel aber anzusehen, „*soweit sie auch das nachträgliche Hervorkommen sub-*

*jektiv zunächst nicht vorhersehbarer Unfallsfolgen von außergewöhnlichem Umfang erfasst. Jedenfalls dann, wenn der Eintritt nicht vorhergesehener<sup>58)</sup> Folgen zu einer[m] ganz krassen und dem Geschädigten völlig unzumutbaren Mißverhältnis zwischen Schaden und der bloß auf Basis der bekannten Folgen errechneten Abfindungssumme führt, kann sich der Schädiger bzw dessen Versicherer wegen Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB auf eine solche Klausel nicht mit Erfolg berufen (ähnlich auch die in Deutschland hA [...])“.*

Dieser Rechtssatz ist zur stRsp<sup>59)</sup> geworden und stößt nur vereinzelt auf Kritik, weil er der Auslegungsregel des § 1389 ABGB indirekt zwingenden Charakter verleihe und mit dem in § 1386 ABGB normierten Ausschluss der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) in Widerspruch stehe.<sup>60)</sup> Beides trifft mE nicht zu: Zum einen sind Vergleiche über unvorhersehbare (und wohl auch unerkennbare) Rechte weiterhin in erheblichem Ausmaß zulässig; der OGH hat nur ein „*Notventil*“ geschaffen, um in ganz krassen Härtefällen korrigierend einzugreifen. Zum anderen beruht die Bewertung als sittenwidrig nicht allein auf dem Missverhältnis zwischen Schaden und Abfindungssumme. Es ist jedoch einzuräumen, dass dies aus der dargestellten Leitentscheidung nur schwer herauszulesen ist. Ein solides, durch Interessenabwägung<sup>61)</sup> errichtetes Fundament für das Sittenwidrigkeitsverdikt findet man dort nämlich (noch) nicht. Vielmehr scheint der OGH das Ergebnis nachzubilden, das der BGH in gleichgelagerten Fällen erzielt.<sup>62)</sup>

Umso wertvoller sind die Präzisierungen, die der OGH in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung 2 Ob 71/16 d<sup>63)</sup> vorgenommen hat. Anlass war ein Verkehrsunfall, der ua eine Handverletzung mit schwierigem Heilungsverlauf zur Folge hatte. Die Sachbearbeiterin des Haftpflichtversicherers schlug vor, ein GA zur Feststellung des Schmerzensgelds sowie allfälliger Spät-

46) 3 Ob 111/09h; RIS-Justiz RS0014820; RS0014811; RS0016390; F. Bydliński, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBI 1980, 393 (395 f).

47) Eingehend A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 133 ff; RIS-Justiz RS0014823; RS0026488.

48) Vgl A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 230 ff.

49) RIS-Justiz RS0032605; RS0016800; 1 Ob 128/50.

50) Siehe schon Bauerreiß, Anm zu 2 Ob 50/35, Rsp 1935, 42 (43).

51) Ertl in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1389 Rz 1; zust Kletečka, Anm zu 2 Ob 130/97 z, JBI 1998, 38 (40).

52) RIS-Justiz RS0038178 (T 22); Krejci in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 127.

53) Kletečka, *ecolex* 1991, 5 (6); Kletečka, Anm zu 2 Ob 130/97 z, JBI 1998, 38 (40).

54) Siehe nur Habersack in MüKoBGB<sup>r</sup> § 779 Rn 48 mwN.

55) Kletečka, *ecolex* 1991, 5 (6); ders, Anm zu 2 Ob 130/97 z, JBI 1998, 38 (40).

56) Kletečka, *ecolex* 1991, 5 (8).

57) SZ 70/139 = RdW 1997, 660 = ZVR 1998/8 = JBI 1998, 38 (zust Kletečka) = RZ 1998/27; s dazu Steininger, *ecolex* 1997, 917.

58) Dass auch damit unvorhersehbare Folgen gemeint sind, wurde in 2 Ob 71/16 d klargestellt.

59) RIS-Justiz RS0108259; 2 Ob 2079/96 s; 2 Ob 306/97 g; 9 Ob 15/00 x; 2 Ob 7/04 z ZVR 2005/29 (Hauenschild); 7 Ob 64/04 v; 2 Ob 70/11 z ZVR 2013/9 (Ch. Huber); 2 Ob 36/15 f; 7 Ob 48/19 p.

60) Heidinger in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1389 Rz 6; Melcher, Anm zu 2 Ob 71/16 d, *ecolex* 2017, 1057 (1058).

61) RIS-Justiz RS0045886; RS0113653; Bollenberger/P. Bydliński in KBB<sup>5</sup> § 879 Rz 5.

62) Vgl den amtlichen Leitsatz der Grundsatzentscheidung BGH VI ZR 95/60 VersR 1961, 382; s auch BGH VI ZR 176/81 NJW 1984, 115; OLG Jena 4 U 277/11 BeckRS 2011, 21364.

63) SZ 2017/38 = JBI 2017, 521 = EvBl 2017/140 (Schellerer) = Zak 2017/241, 137 = *ecolex* 2017/429 (Melcher) = ZVR 2018/86 (Ch. Huber).

und Dauerfolgen einzuholen, sobald der Endheilungszustand eingetreten sei. Vorerst würden Akontozahlungen geleistet. Doch die Geschädigte wollte schon früher „mit dem allen abschließen“ und bat um einen Vorschlag „betreff Schmerzensgeldanspruch“. Daraufhin wurde ihr eine Generalabfindung durch Zahlung eines Pauschalbetrags von weiteren € 6.000,- angeboten. Die Geltendmachung weiterer Ansprüche sei dann aber definitiv ausgeschlossen. Die Geschädigte unterschrieb die ihr übersandte Abfindungserklärung mit Unerkennbarkeitsklausel, weil ihr von den Ärzten nie erklärt wurde, dass Dauerfolgen eintreten würden. Sie dachte, „dass das alles nur ein halbes Jahr dauern würde und dann erledigt wäre“. Außerdem war sie in finanziellen Nöten, weil sie einen Zahlungsplan zu erfüllen hatte. Ein knappes Jahr später klagte sie auf Schmerzensgeld, das unter Berücksichtigung der nun diagnostizierten Dauerfolgen mit insgesamt € 14.500,- zu bemessen war. Diesem Betrag standen tatsächlich bezahlte € 7.000,- bis 8.000,- gegenüber. Der OGH gab dem Begehren letztlich keine Folge, weil er das Missverhältnis zwischen der Abfindungssumme und dem tatsächlichen Schaden nicht für groß genug hielt. Er nützte die Gelegenheit jedoch für einige Klarstellungen:

Zunächst könne überhaupt nur die Einbeziehung nicht vorhersehbarer Unfallfolgen zur Sittenwidrigkeit eines Abfindungsvergleichs über Schmerzensgeld führen. Für die **Vorhersehbarkeit** komme es schon nach bisheriger Rsp darauf an, ob der Geschädigte im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt mit dem späteren weiteren Anspruch rechnen konnte. Diese Frage sei nach den gleichen Kriterien zu prüfen wie bei der Nachforderung von Schmerzensgeld nach vorangegangener Globalbemessung.<sup>64</sup> Maßgebend sei also, „ob dem Geschädigten objektiv alle für das Entstehen seines Anspruchs maßgebenden Tatbestände bekannt gewesen sind [...], idR also der – uU durch das GA eines SV angereicherte – Kenntnisstand eines medizinischen Laien“. Auf den konkreten Fall gemünzt sei der Geschädigten die weitere Entwicklung ihrer Schmerzbeeinträchtigung nicht idS vorhersehbar gewesen. Alldem ist mE mit der Ergänzung beizupflichten, dass nicht nur Abfindungsvergleiche über **unvorhersehbare** (erst später entstehende) Rechte sittenwidrig sein können, sondern auch solche über **unerkennbare** (bereits entstandene) Rechte.<sup>65</sup>

In der Folge spürt der OGH dem genauer nach, was Abfindungsvergleiche mit Unerkennbarkeitsklauseln bei typisierter Betrachtungsweise sittenwidrig macht: Durch die Einbeziehung unvorhersehbarer Schäden in den Vertragsinhalt werde „das **Risiko der Verschlechterung des Gesundheitszustands oder des Eintritts weiterer Folgeschäden einseitig dem Geschädigten aufgebürdet**, sofern die Abfindungssumme nur auf Basis der bekannten Schäden berechnet wurde. Das führt – bei Vorliegen des [krassen] Missverhältnisses – typischerweise zu einer sittenwidrigen Verschlechterung der Rechtsposition des Geschädigten [...]. Anders wäre die Interessenlage des Geschädigten allerdings zu bewerten, wenn er auch für die Übernahme dieses Risikos **angemessen abgefunden** werden würde und die Höhe dieser Risikoabfindung in die Vereinbarung Eingang fände. Dann läge keine Sittenwidrigkeit der Vereinba-

rung vor“ (Hervorhebungen durch den Autor). Wie hoch die Risikoprämie sein müsste, um als „angemessen“ beurteilt zu werden, blieb offen,<sup>66</sup> weil eine solche in concreto – was wohl (gegenwärtig noch) der Regelfall ist<sup>67</sup> – gar nicht vereinbart wurde.

Es kam daher entscheidend auf das vom OGH zusätzlich als objektives Element der Sittenwidrigkeit geforderte **Missverhältnis** zwischen der Abfindungssumme und dem in Geld ausgedrückten tatsächlichen Schaden an,<sup>68</sup> das „ganz krass“ und für den Geschädigten „völlig unzumutbar“ sein müsse. Im Bestreben, diese Anforderung zu konkretisieren, kommt der OGH nach einer Darstellung österr und deutsche Meinungen zum Ergebnis, dass „von der früheren, die Einbeziehung unvorhergesehener Schäden iW uneingeschränkt billigenden Rsp [...] nur in besonderen Härtefällen (Unfallfolgen von „außergewöhnlichem Umfang“) abgegangen werden [sollte]“ und dass an dieser Wertung festzuhalten sei. Der tatsächliche Schaden müsse daher „ein Vielfaches“ von der Abfindungssumme betragen, was jedoch bei der konkret zu beurteilenden Quote von ca 2:1 (noch) nicht gegeben sei. Ob sich damit wirklich leichter bestimmen lässt, ab wann ein besonderer Härtefall vorliegt, sei dahingestellt. Man mag den Grenzbereich schon bei 2,5:1 bis 3:1<sup>69</sup> oder (in Anlehnung an die dRsp) erst bei 4:1 bis 5:1<sup>70</sup> annehmen – letztlich kommt es für den OGH auf die Umstände des Einzelfalls an, die iS eines beweglichen Systems zu gewichten seien,<sup>71</sup> sodass mal ein größeres, mal ein kleineres, immer aber erst ein krasses Missverhältnis ausreichen wird.

**Zusammengefasst** spielen bei der Sittenwidrigkeit von Abfindungsvergleichen nach der Rsp folgende Kriterien eine Rolle: Die Einbeziehung unvorhersehbarer (und wohl auch unerkennter) Rechte, die Nichtabgeltung des dadurch übernommenen Risikos und – sobald sich das Risiko realisiert hat – das Auftreten eines krassen Missverhältnisses zwischen der Abfindungssumme und dem tatsächlichen Schaden. Damit zeigt sich, dass nicht nur das objektive Wertmissverhältnis zur Sittenwidrigkeit führt und keineswegs die nach § 1386 ABGB ausgeschlossene *laesio enormis* „quasi über die Hintertüre (wieder) eingeführt wird.“<sup>72</sup>

## 2. Würdigung

Das **Äquivalenzkriterium** ist mE trotzdem **nicht ganz unproblematisch**. Bei näherer Betrachtung ist nämlich schon gar nicht so klar, anhand welcher Größen die Äquivalenz bei einem Abfindungsvergleich überhaupt geprüft werden soll.<sup>73</sup> Nicht umsonst gibt sogar der

64) Siehe dazu RIS-Justiz RS0031235; RS0031082 (T 2); Danzl, HB Schmerzensgeld Rz 5.2; Schickmair in Kerschner (Hrsg), Schmerzensgeld<sup>2</sup> (2020) Rz 313f; Neumayer, Die Bemessung von Schmerzensgeld, ZVR 2012, 324 (326).

65) Kletečka, eolex 1991, 5 (6 FN 8).

66) So auch Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 113 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

67) Schellerer, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ÖJZ 2017, 969 (972f).

68) Siehe bekräftigend schon 2 Ob 7/04 z; 7 Ob 64/04 v.

69) Ch. Huber, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (162).

70) Schellerer, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ÖJZ 2017, 969 (972).

71) Vgl RIS-Justiz RS0113653.

72) So aber Melcher, Anm zu 2 Ob 71/16 d, eolex 2017, 1057 (1058); vgl Heidinger in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1389 Rz 6.

73) Diese Frage stellt sich auch beim Wuchertatbestand. Dass dieser im Gegensatz zur ex lege ausgeschlossenen *laesio enormis* auf Ver-

Pate stehende BGH zu, dass „bei einem Abfindungsvergleich Leistung und Gegenleistung nicht in einem Gleichwertverhältnis [stehen], wie es zB bei Kauf und Miete der Fall ist“, weshalb „Äquivalenzstörungen nicht ohne weiteres die Änderung des Vergleichs rechtfertigen [können]“.<sup>74)</sup> Dass sich der BGH dann trotzdem auf ein Missverhältnis zwischen Schaden und Abfindungssumme stützt, begründet er damit, dass „auch der Vergleich, da er ein beiderseitiges Nachgeben voraussetzt, auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruht“. Das mag man überzeugend finden oder nicht. Gegen die auch in Österreich hA, wonach der Vergleich wegen des beiderseitigen Nachgebens ein **gegenseitiger Vertrag** sei,<sup>75)</sup> lässt sich immerhin mit *Bork* ins Treffen führen, dass die Parteien dabei bloß von ihren Standpunkten abrücken, ohne damit schon Leistungen versprochen oder erbracht zu haben.<sup>76)</sup> Es sei daher ein „von vornherein aussichtsloses Unterfangen, die Sittenwidrigkeit eines typischen Vergleichsvertrags auf eine schwere Äquivalenzstörung stützen zu wollen“.<sup>77)</sup>

Bedenken bestehen aber auch dann, wenn man die schwierige Frage der Rechtsnatur des Vergleichs offenlässt. Denn der Rsp ist zwar durchaus zugestehen, dass das Missverhältnis zwischen der Abfindungssumme und dem tatsächlichen Schaden als Gradmesser für die Unbilligkeit taugt. Allerdings unterliegt der Abfindungsvergleich keiner Billigkeits-, sondern einer Sittenwidrigkeitskontrolle; und bekanntlich sind die **Voraussetzungen des § 879 ABGB im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu prüfen**.<sup>78)</sup> Die Rsp bietet daher mE eine nicht unerhebliche Angriffsfläche, wenn sie auf ein Missverhältnis abstellt, das (allenfalls) erst später auftritt. Mag sein, dass sich der BGH hier mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) leichter tut, weil die Rechtsfolge beim Einwand der unzulässigen Rechtsausübung eben darin besteht, „dass die Ausübung oder Durchsetzung eines Rechts (zumindest zeitweilig) verwehrt ist“.<sup>79)</sup> Mit dem klassischen Verständnis der Sittenwidrigkeit ist es aber wohl nach wie vor schwer in Einklang zu bringen, dass eine solche in den Worten des OGH „zumindest derzeit“ nicht vorliege, die Sachlage beim Eintritt weiterer Spätfolgen aber „uU neu zu bewerten“ wäre.<sup>80)</sup>

Deshalb sollte mE mit *Ch. Huber* betont werden, dass das Abhängigmachen der Abgeltung bereits erlittener Schäden vom Verzicht auf Ersatz für unerkennbare und unvorhersehbare Schäden schon per se – also unabhängig davon, ob solche Schäden dann auch wirklich hervorkommen – „im höchsten Maß bedenklich“ ist.<sup>81)</sup> Derartige Vereinbarungen tragen tatsächlich den „Keim der Unredlichkeit“<sup>82)</sup> in sich. Schließlich wird dem **Geschädigten von Beginn an ein Risiko aufgebürdet**, das sonst der Versicherer zu tragen hätte. Diese Risikoübernahme hat auch dann einen wirtschaftl Wert, wenn keine Spätfolgen eintreten.<sup>83)</sup> Erhält der Geschädigte dafür keine Vergütung, wird er ausschließlich benachteiligt. Schon darin liegt das mE – und im Allg auch nach der Rsp<sup>84)</sup> – maßgebliche Missverhältnis zwischen den Interessen des Versicherers und des Geschädigten. Es lässt sich auf das Missverhältnis zwischen dem übernommenen Risiko und dem dafür gezahlten Entgelt herunterbrechen und danach bestimmen, ob das Entgelt die Prämie, die der Versicherer einem anderen Versi-

cherer für die Risikoübernahme hätte zahlen müssen, klar unterschreitet.<sup>85)</sup> Damit wäre zugleich präzisiert, ab wann eine Risikoabfindung nicht mehr – wie vom OGH zu Recht gefordert – „angemessen“ ist.

Bei dieser Sichtweise stellt sich nur die Frage, ob nicht auch noch subjektive Umstände hinzutreten müssen, um Sittenwidrigkeit annehmen zu können. Das ist mE ebenso wie etwa bei massiv überfordernden Bürgschaften in Anlehnung an den Wuchertatbestand zu bejahen.<sup>86)</sup> Schließlich folgt aus der Vertragsfreiheit, „dass es grundsätzlich jedermann unbenommen bleiben muß, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen“.<sup>87)</sup> Gegen die guten Sitten kann dies also erst dann verstoßen, wenn die **Selbstbestimmung** des Geschädigten auf vergleichbare Art und Weise **beeinträchtigt** ist wie in den demonstrativ in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB aufgezählten Fällen (Unerfahrenheit, Zwangslage etc) und der Versicherer diese ungünstige Lage **ausbeutet**, dh zumindest fahrlässig ausnützt.<sup>88)</sup> Ob diese subjektiven Elemente der Sittenwidrigkeit vorliegen, ist natürlich eine Frage des Einzelfalls. Einige typische Umstände werden aber wohl häufig dafürsprechen. So ist in erster Linie an das bereits erwähnte Informationsgefälle zu denken: Der Geschädigte kann das übernommene Risiko viel schlechter abschätzen als der damit mehr als vertraute Versicherer.<sup>89)</sup> Außerdem sind gerade Unfallopfer oftmals in Bedrängnis: „Arzt und Spital müssen sogleich bezahlt, die Familie weiter erhalten werden, obwohl ein Verdienst fehlt und im Prozeßfall bis zu einem rechtskräftigen Urteil Monate und Jahre vergehen können!“<sup>90)</sup> Wirklich frei entscheidet der Geschädigte in solchen Fällen nicht.

Das führt zurück zu 2 Ob 71/16d: *Ch. Huber* hat dazu die Einschätzung geäußert, dass „ein ‚unbedarftes Lieschen‘ [...] in einer wirtschaftl Notlage [...] über den Tisch gezogen“ wurde und „dass das Höchstgericht ein mulmiges Gefühl bei der Bestätigung der Wirksamkeit

gleiche grds anwendbar ist (*Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 879 Rz 18), weil hier subjektive Elemente hinzutreten und ein auffallendes Missverhältnis leichter zu ermitteln ist als der gemeine Wert (*Neumayr* in KBB<sup>6</sup> § 1386 Rz 1), liefert ebenso wenig eine Antwort wie die etwas kryptische Aussage des OGH, dass bei der Bewertung von Leistung und Gegenleistung auch das Prozessrisiko einkalkuliert werden müsse (2 Ob 25/63).

74) BGH VI ZR 95/60 VersR 1961, 382.

75) 7 Ob 35/87; *Ertl* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1380 Rz 1; *Welsch/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 379; *Welsch/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 521.

76) *Bork*, Vergleich 176.

77) *Bork*, Vergleich 399.

78) Siehe nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 879 Rz 1; vgl *Jakl* in BeckOGK § 138 BGB Rn 629 (Stand 1. 1. 2020).

79) *Schubert* in MüKoBGB<sup>8</sup> § 242 Rn 199.

80) Vgl aber 6 Ob 55/18h, wo bei Geschlechterklauseln in einem Gesellschaftsvertrag mit Verweis auf weitere Judikaturlinien „zwischen der – zulässigen – Vereinbarung der Klausel zu einem früheren Zeitpunkt und dem – sittenwidrigen – Berufen auf diese Klausel zum heutigen Zeitpunkt unterschieden“ wird.

81) *Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16d, ZVR 2018, 157 (163).

82) *Ch. Huber*, ÖJZ 2008, 83 (90); *ders*, Anm zu 2 Ob 150/06g, ZVR 2007, 376 (380).

83) *Sturm* in FS OLG Zweibrücken 272 (298 f).

84) RIS-Justiz RS0045886.

85) *Ehmann*, Schuldnerkenntnis 167.

86) Vgl nur *Faber* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Rz 18 ff.

87) 1 Ob 544/95 JBl 1995, 651 (*Mader*).

88) Vgl *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 879 Rz 18; *Graf*, Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 1995, 776 (779 f).

89) *Ch. Huber*, ÖJZ 2008, 83 (90); *ders*, Anm zu 2 Ob 150/06g, ZVR 2007, 376 (380).

90) *Bauerreiß*, Anm zu 2 Ob 50/35, Rsp 1935, 42 (43); s auch *Sturm* in FS OLG Zweibrücken 272 (288).

des Vergleichs hatte“.<sup>91)</sup> Ob es wirklich so war, ist fraglich. Nach den Feststellungen hatte der Versicherer ja sogar selbst vorgeschlagen, den Endheilungszustand abzuwarten; auf eine frühzeitige Einigung hatte die Geschädigte gedrängt. Womöglich wurde der Vergleich nicht zuletzt deshalb bestätigt, weil sich der Versicherer gerade in diesem Fall „fair“ verhalten hatte. Das würde aber nur zeigen, dass die Sittenwidrigkeit von Unerkennbarkeitsklauseln in Abfindungsvergleichen in Wahrheit nicht davon abhängt, ob der Schaden die Abfindungssumme um das Doppelte, das Dreifache oder ein sonstiges Vielfaches übersteigt. Vielmehr ist in Anlehnung an den Wuchertatbestand **entscheidend**, ob der Versicherer die Unterlegenheit des Geschädigten dadurch ausnützt, dass er das Risiko des Hervorkommens unerkenntbarer und unvorhersehbarer Schäden auf ihn abwälzt, ohne eine angemessene Risikoprämie zu vereinbaren. Diese Voraussetzungen sind zugleich milder und strenger als die der aktuellen Rsp, denn es kommt zwar nicht auf das Ausmaß des Missverhältnisses zwischen Abfindungssumme und Schaden an, dafür aber auf subjektive Umstände beim Geschädigten und beim Versicherer. Wenn der Versicherer die Situation der Geschädigten in 2 Ob 71/16 d also nicht ausgebeutet hat, liegt richtigerweise keine Sittenwidrigkeit vor. Im Ergebnis ist die Entscheidung dann auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu beanstanden.

## E. AGB-Kontrolle

Ein einigermaßen erstaunliches Schattendasein fristet bislang die AGB-Kontrolle. Zwar handelt es sich bei den üblichen, von den Versicherern vorformulierten Abfindungserklärungen rein äußerlich nicht um „klassische“ AGB. Das Gesetz sieht jedoch für Vertragsformblätter identische Rechtsfolgen vor, sodass diese Differenzierung entbehrlich ist.<sup>92)</sup> Auch sonst treffen die AGB-Begriffsmerkmale der hA auf die typischen Abfindungserklärungen ohne weiteres zu: Es handelt sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Vertragsabschluss stellt.<sup>93)</sup> Zweifel treten nur auf, wenn man mit *Kellner* darauf abstellt, ob sich der Kunde mit zumutbarem Aufwand Kenntnis vom Inhalt der Vertragsbestimmungen verschaffen konnte.<sup>94)</sup> Der geringe Umfang der Abfindungserklärungen und das nicht alltägliche Geschäftsvolumen mögen dann gegen eine Einordnung als AGB sprechen.<sup>95)</sup> Wiederum dafür spricht, dass der Geschädigte die Tragweite einer Abfindungserklärung mit Unerkennbarkeitsklausel typischerweise selbst dann nicht überblickt, wenn er diese aufmerksam gelesen hat.<sup>96)</sup> Seine Informationskosten sind daher mE auch hier so hoch, dass eine AGB-Kontrolle gerechtfertigt erscheint. Darüber hinaus verlangt das Unionsrecht<sup>97)</sup> im Verbrauchergeschäft ohnehin eine Klauselkontrolle, die vom Begriff der AGB gar nicht abhängt.<sup>98)</sup>

Offenbar ist auch der OGH der Ansicht, dass Abfindungserklärungen einer AGB-Kontrolle grds zugänglich sind, sonst hätte er die Anwendbarkeit des **§ 879 Abs 3 ABGB** in zwei älteren Entscheidungen wohl nicht erst mit dem Argument verneint, dass es um die kontrollfreien Hauptleistungen gehe. Während er das aber zunächst ausdrücklich nur hins der Abgeltung vorher-

sehbarer Ansprüche ausgesprochen hatte,<sup>99)</sup> dehnte er seine Auffassung kurze Zeit später auch auf die Bereinigung unerkenntbarer und unvorhersehbarer Ansprüche aus: Welche Streitpunkte von der Bereinigungswirkung des Vergleichs umfasst sein sollen, sei „keine Frage einer bloß allg Umschreibung behaupteter Ansprüche, sondern eine durchaus individuelle Abgrenzung des Umfangs der Vergleichswirkungen und damit auch eine individuelle Umschreibung der durch die Leistung des Vertragspartners abgegoltenen Ansprüche“.<sup>100)</sup>

Dass auch die Abgeltung unerkenntbarer Ansprüche die Hauptleistungen betreffe, wird insb von *Kletečka* bezweifelt.<sup>101)</sup> Zwar sei die Abgrenzung der Hauptleistungen von den Nebenbestimmungen ein schwieriges Unterfangen, doch werde der Begriff der Hauptleistungen iSd § 879 Abs 3 ABGB sehr eng verstanden. Gemeint seien etwa die in § 885 ABGB genannten Hauptpunkte, also die essentialia negotii.<sup>102)</sup> Die Einbeziehung unerkenntbarer Ansprüche sei üblich, aber sicher nicht notwendig. ME sollte der OGH überprüfen, ob dieser Ansatz seiner tendenziell „kontrollfreundigen“<sup>103)</sup> Rsp nicht doch besser entspricht. Der Gesetzgeber hat die Hauptleistungen ausgenommen, weil er davon ausgegangen ist, dass der Kunde diesem Bereich seine fokussierte Aufmerksamkeit schenkt und insoweit keinen über §§ 934 und 879 Abs 2 Z 4 ABGB hinausgehenden Schutz braucht.<sup>104)</sup> Die Unerkennbarkeitsklausel in einer Abfindungserklärung zählt wohl nicht zu diesem Bereich. Im Zentrum der Aufmerksamkeit des Geschädigten stehen vielmehr das, was ihm widerfahren ist und voraussichtlich noch widerfahren wird sowie der dafür in Aussicht gestellte Geldbetrag.

Nimmt man die Hürde der Kontrollfreiheit, ist der Schritt zur **gröblichen Benachteiligung** nur noch ein kleiner. § 879 Abs 3 ABGB enthält nämlich ebenso wie die Fälle des Abs 2 nur eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeitskontrolle<sup>105)</sup> und beruht nach der Rsp auch auf einem beweglichen System, das die objektive Äquivalenzstörung und die verdünnte Willensfreiheit berücksichtigt.<sup>106)</sup> Für den Geschädigten erscheint es trotzdem vorteilhaft, sich auf Abs 3 stützen zu können.

91) *Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (162).

92) *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 864 a Rz 2 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); 7 Ob 207/04 y; 7 Ob 89/08 a.

93) RIS-Justiz RS0123499 (T 2); *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 864 a Rz 3.

94) *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) 278.

95) *Kellner*, Rechtsbegriff 261 ff.

96) Vgl *Leitner*, Transparenzgebot (2005) 92 f, auf dessen Kategorien der Intransparenz *Kellner*, Rechtsbegriff 261 FN 1520 selbst verweist.

97) Klausel-RL 93/13/EWG.

98) *Kellner*, Rechtsbegriff 289 ff; *Leitner*, Transparenzgebot 22 ff; *ders*, Was genau sind eigentlich Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter? *immolex* 2012, 242 (244 f).

99) 7 Ob 35/87; s auch 2 Ob 89/95.

100) 8 Ob 84/87.

101) *Kletečka*, *ecolex* 1991, 5 (8); zust *Ertl* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 1389 Rz 1; implizit auch *Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (162 f); s auch *Bork*, Vergleich 305; aA *Ehmann*, Schuldanerkennung 168.

102) Siehe dazu *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 288 ff; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 47; RIS-Justiz RS0016908; RS0016931.

103) *Rummel*, Anm zu 6 Ob 85/11 k, ÖBA 2012, 176 (177).

104) *Kellner*, Rechtsbegriff 207 f; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 47.

105) *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 367.

106) RIS-Justiz RS0016914; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 46.

Einerseits geht es mit dem Abstellen auf die Verwendung von AGB um eine relativ leicht fassbare, typische Ungleichgewichtslage.<sup>107)</sup> Andererseits liegt eine gröbliche Benachteiligung schon dann vor, wenn unangemessen oder sachlich nicht gerechtfertigt vom dispositiven Recht abgewichen wird.<sup>108)</sup> Das legt einen einfachen Schluss nahe: Ein Verzicht auf den Ersatz unerkenntbarer oder unvorhersehbarer Schäden weicht von § 1389 ABGB und von der umfassenden Schadenersatzpflicht ab; ohne angemessene Gegenleistung ist eine sachliche Rechtfertigung dafür nicht zu erkennen.<sup>109)</sup>

Im Rahmen der AGB-Kontrolle droht Unerkennbarkeitsklauseln in Abfindungsvergleichen mit Verbrauchern aber wohl noch eine größere Gefahr, die unabhängig von den hier vertretenen Meinungen besteht und von der „Allzweckwaffe“<sup>110)</sup> **Transparenzgebot** (§ 6 Abs 3 KSchG) ausgeht. Dieses fordert den AGB-Verwender ja ua dazu auf, dem Verbraucher keinen unrichtigen Eindruck von seiner Rechtsposition zu vermitteln, was schon dann der Fall sein kann, wenn die Rechtslage unvollständig wiedergegeben wird.<sup>111)</sup> Versicherer sind daher wohl dazu angehalten, die durch die Sittenwidrigkeits-Rsp gezogenen Grenzen für die Vereinbarung von Unerkennbarkeitsklauseln in den Abfindungserklärungen abzubilden. Aus einer jüngeren Entscheidung geht hervor, dass dies offenbar bereits geschieht, denn in der dort zit. „Entschädigungsquittung“ ist zu lesen: „Nicht bekannte bzw nicht vorhersehbare Folgen sind, sofern versichert, damit nicht abgegolten, soweit es sich um Folgen von außergewöhnlichem Umfang handelt bzw zu einem krassen Missverhältnis zwischen Schaden und Entschädigungssumme führt.“<sup>112)</sup> Fraglich ist nur, ob die (richtige) Wiedergabe der stRsp dem Transparenzgebot genügt. Hier bleibt zu hoffen, dass die Anforderungen nicht überspannt werden<sup>113)</sup> und nicht etwa vom Versicherer verlangt wird, die zwangsläufig vagen Inhaltsschranken (Stichwort: „ein Vielfaches“) näher zu bestimmen, als dies der OGH selbst tut.<sup>114)</sup>

## F. Schlussbemerkung

Wer nun Zweifel hat, ob Abfindungsvergleiche nach der hier vertretenen Auffassung überhaupt noch wirksam vereinbart werden können, sei daran erinnert, dass die Bereinigung bekannter, erkennbarer und vorhersehbarer Schadenersatzansprüche unverändert zulässig ist. Auch die Einbeziehung unerkenntbarer und unvorhersehbarer Ansprüche wird hier nicht generell verboten. Nur Unerkennbarkeitsklauseln **ohne** Risikoprä-

mie droht das Verdikt der Sittenwidrigkeit. Die Versicherer haben es also durchaus selbst in der Hand, ihre Unerkennbarkeitsklauseln vor der Nichtigkeit zu bewahren; sie müssen nur aufschlüsseln, welcher (angemessene) Geldbetrag dafür geleistet wird, dass der Geschädigte auch auf unerkenntbare und unvorhersehbare Ersatzansprüche verzichtet.<sup>115)</sup>

Freilich würde dem Geschädigten dadurch zugleich ins Bewusstsein gerufen, dass er mit der eigenen Gesundheit spekuliert.<sup>116)</sup> Konsens wäre dann wohl kaum noch zu erzielen: Wie günstig wird sich der Geschädigte seinen Verzicht schon abkaufen lassen? Diesen Preis wird der Versicherer regelmäßig nicht zu zahlen bereit sein, weil er dann versicherungswirtschaftlich ebenso gut auf die Risikoüberwälzung verzichten könnte.<sup>117)</sup> Der lang geübten Regulierungspraxis, Abfindungsvergleiche mit Unerkennbarkeitsklauseln zu vereinbaren, wäre wohl tatsächlich ein Ende gesetzt.

Dieses Ergebnis ist jedoch keineswegs problematisch. Die Parteien können mit dem Abschluss eines schlichten Generalvergleichs ohnehin erzielen, worum es ihnen (beiden) in erster Linie geht; nämlich um Rechtssicherheit hins der bekannten, erkennbaren und vorhersehbarer Schadenersatzansprüche. Mehr ist nicht einmal durch gerichtliche Entscheidungen zu erreichen. Dass (nur) der Versicherer ein Interesse daran hat, auch beim Hervorkommen unerkenntbarer und unvorhersehbarer Schäden nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, ist verständlich. Es ist aber auch bezeichnend, dass er dieses Anliegen gegenüber einem Geschädigten auf Augenhöhe wohl nicht durchsetzen könnte. Letztendlich wird dem Versicherer nicht mehr und nicht weniger zugemutet als ein Risiko zu tragen, das er zuvor übernommen hat.

107) *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 371.

108) *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 879 Rz 23.

109) Vgl *Bork*, Vergleich 305 f.

110) *Rummel*, Anm zu 6 Ob 85/11 k, ÖBA 2012, 176 (177); s auch *Bollenberger*, Anm zu 5 Ob 33/18 s, ÖBA 2018, 888 (890); *Kellner*, Leitlinien für transparente AGB-Gestaltung, ÖJZ 2018, 749.

111) *Riss*, Transparenzgebot und Abwicklungstransparenz, wobl 2018, 228 (230); RIS-Justiz RS0115219.

112) 7 Ob 48/19 p.

113) Vgl *Bollenberger*, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (40 f).

114) Vgl die vielfach kritisierte „Schrankenjudikatur“ bei Zustimmungsfiktionsklauseln: RIS-Justiz RS0128865; *Iro/Kellner/Riss* in *Bollenberger/Oppitz* (Hrsg), Bankvertragsrecht I<sup>3</sup> (2019) Rz 1/275 ff mwN.

115) *Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (163); *ders*, ÖJZ 2008, 83 (90).

116) *Ch. Huber*, Anm zu 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018, 157 (163); *ders*, ÖJZ 2008, 83 (90); *Sturm* in FS OLG Zweibrücken 272 (301).

117) *Ehmann*, Schuldanerkenntnis 165.

### → In Kürze

Abfindungsvergleiche sind häufig so formuliert, dass sie auch unerkenntbare und unvorhersehbare Schäden erfassen. Eine Anfechtung wegen Irrtums über die Verletzungsfolgen ist dann nicht möglich. Die Rsp vermeidet unbillige Ergebnisse mit Hilfe der Generalklausel der Sittenwidrigkeit. ME sollte dabei nicht auf ein krasses Missverhältnis zwischen der Abfindungssumme und dem tatsächlichen Schaden abgestellt werden. Ein Schattenda-sein fristet bislang die AGB-Kontrolle.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Mag. Martin Legath ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.  
E-Mail: martin.legath@wu.ac.at

